

Krankheitsbedingte Kündigung in Rechtsprechung und betrieblicher Praxis

André Kottlewski

Richter am Arbeitsgericht

Landesarbeitsgericht Köln

Rheinische Arbeitsrechtstage

Köln, 01. Juli 2016

Gliederung

- A. Einordnung und Bedeutung
- B. Systematischer Überblick
- C. Häufige Kurzeiterkrankungen
- D. Langzeiterkrankung
- E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit
- F. Betriebliches Eingliederungsmanagement
- G. Betriebsratsanhörung
- H. Wiedereinstellungsanspruch
- I. Fazit
- J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

A. Einordnung und Bedeutung

- 1. These:

Die krankheitsbedingte Kündigung ist ein konjunkturunabhängiger „Dauerbrenner“ in der betrieblichen und gerichtlichen Praxis.

- 2. These:

Die Vorstellungen über die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung gehen in der Bevölkerung weit auseinander.

A. Einordnung und Bedeutung

Konträres Modell: Sonderkündigungsschutz während Krankheit

- **Niederländisches Arbeitsrecht:**

Generelles Kündigungsverbot während einer bestehenden Krankheit (i. d. R. bis zu zwei Jahre, in dieser Zeit grds. auch Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers!)

- **Arbeitsgesetzbuch der DDR (§ 58 d):**

Sonderkündigungsschutz, ordentliche Kündigung während andauernder Krankheit unzulässig (unbefristet)

A. Einordnung und Bedeutung

Geltende Rechtslage in Deutschland eindeutig:

Verbreiteter Rechtsirrtum, dass während oder aus Anlass einer Krankheit nicht gekündigt werden dürfte!

=> Umkehrschluss aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz:
Arbeitgeber, der aus Anlass einer Arbeitsunfähigkeit kündigt, muss
- lediglich - Entgeltfortzahlung bis Ende Sechs-Wochen-Zeitraum
weiterzahlen (wenn Kündigungsdatum früher)

=> Aber er darf aus Anlass Krankheit kündigen!

B. Systematischer Überblick

Kündigungsgründe nach § 1 Kündigungsschutzgesetz:

- Betriebsbedingt
- Verhaltensbedingt
- Personenbedingt

=> Krankheitsbedingte Kündigung ist
Unterform der personenbedingten Kündigung

B. Systematischer Überblick

Personenbedingte Kündigung

Fallgruppen:

- Fehlen erforderlicher behördlicher Genehmigungen (Führerschein, Arbeitserlaubnis, Sicherheitsüberprüfungen)
- „Low Performer“
- Alkoholbedingte Kündigung
- Krankheitsbedingte Kündigung

B. Systematischer Überblick

Krankheitsbedingte Kündigung

=> Drei Fallgruppen:

- Kündigung wegen häufiger Kurzzeiterkrankungen
- Kündigung wegen Langzeiterkrankung
- Kündigung wegen dauerhafter Arbeitsunfähigkeit
- (z. T. vierte Fallgruppe: Krankheitsbedingte Leistungsminderung)

B. Systematischer Überblick

Krankheitsbedingte Kündigung – Prüfungsschema

In allen drei Fallgruppen jeweils dreistufiger Prüfungsaufbau:

- 1) Negative Gesundheitsprognose
- 2) Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
- 3) Interessenabwägung

C. Häufige Kurzeiterkrankungen

I. Negative Gesundheitsprognose

Prognose zum Beurteilungszeitpunkt Kündigungszugang

=> Indizwirkung häufiger Kurzeiterkrankungen in der Vergangenheit auf Wiederholungsgefahr für die Zukunft

C. Häufige Kurzzeiterkrankungen

Grundsatz:

Alle Fehlzeiten in der Vergangenheit sind grds. geeignet, Negativprognose für die Zukunft zu begründen

- gerade auch bei unterschiedlichen Krankheitsursachen
– Stichwort „Krankheitsanfälligkeit“
- LAG Köln, Urt. v. 15.10.2009, 7 Sa 581/09

C. Häufige Kurzzeiterkrankungen

Ausnahme: Keine Wiederholungsgefahr

- Ausgeheilte Erkrankungen ohne Wiederholungsgefahr
- auf einmalige Ursachen mit Ausnahmecharakter beruhende Fehltage
- Unfälle ohne Wiederholungsgefahr
- Arbeitsunfälle

C. Häufige Kurzzeiterkrankungen

Umfang relevanter Erkrankungen und Referenzzeitraum?

- ⇒ grds. einzelfallabhängig
- ⇒ Wertung des Gesetzgebers im Entgeltfortzahlungsgesetz:
„Sechs Wochen krank sind noch ok“
- ⇒ Grobe Richtschnur: Mehr als sechs Wochen prognoserelevante Ausfallzeiten in jedenfalls drei aufeinanderfolgenden Jahren
- ⇒ Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten AN

C. Häufige Kurzzeiterkrankungen

II. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

1) Wirtschaftliche Belastungen

- ⇒ durch Entgeltfortzahlungskosten
(auch hier: Sechs-Wochen-Grenze)

2) Betriebsablaufstörungen

- ⇒ Produktionsausfälle, Terminüberschreitungen, Qualitätsverluste,
aber auch: „Unruhe in der Abteilung“

C. Häufige Kurzzeiterkrankungen

III . Interessenabwägung

Gerichtliche Billigkeitsüberprüfung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls, z. B.:

- Dauer eines ungestörten Arbeitsverhältnisses
- Alter des Arbeitnehmers
- Zumutbare Überbrückungsmaßnahmen
- Betriebliche (Mit-) Verursachung der Erkrankung einerseits
- (Grad eines etwaigen) Verschulden des AN andererseits
- (zu BEM / Umsetzung anderer Arbeitsplatz s. u.)

D. Langzeiterkrankung

• 1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose

AN ist seit längerem erkrankt und Erwartung, dass er noch lange erkrankt sein wird

=> Problem: Was ist „lange“?

D. Langzeiterkrankung

- **2. Stufe: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen**

Ausgangssituation:

Langzeiterkrankung ist für Arbeitgeber weniger belastend als häufige Kurzzeiterkrankungen

- Entgeltfortzahlungspflicht ist regelmäßig abgelaufen
- Bessere längerfristige Planbarkeit für Überbrückungsmaßnahmen

D. Langzeiterkrankung

- 2. Stufe: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Entscheidend: Zumutbare Überbrückungsmaßnahmen?

- Einstellung von Aushilfskräften
- Anordnung von Überstunden
- Organisatorische Umstellungen

D. Langzeiterkrankung

- Zumutbare Überbrückungsmaßnahme
= vor allem befristete Einstellung von Aushilfskräften
- ⇒ Zwei-Jahres-Grenze aus § 14 Abs. 2 TzBfG:
Da bis zu zwei Jahre sachgrundlose Befristung ohne weiteres zulässig
- ⇒ Langzeiterkrankung bis zu zwei Jahren vom Arbeitgeber grs. hinzunehmen
- ⇒ Pauschalierung durch die Rechtsprechung (unerheblich insbesondere, dass Krankheitsvertretung eigentlich Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG)
- ⇒ BAG 29.04.1999, 2 AZR 431/98, NZA 1999, S. 978;
LAG Nürnberg 21.06.2006, 4 (9) Sa 933/05

D. Langzeiterkrankung

- **3. Stufe: Interessenabwägung**
- Kriterien wie bei häufigen Kurzeiterkrankungen
- „Je länger ungestörtes Arbeitsverhältnis bestanden hat, desto mehr muss Arbeitgeber zum Ende des Arbeitsverhältnisses vor Renteneintritt an gesundheitlichen Einschränkungen des Arbeitnehmers hinnehmen“

D. Langzeiterkrankung

- Wichtig: Saubere **Abgrenzung** zur Kündigung wegen häufiger Kurzzeiterkrankungen
- Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 22.07.2015, 20 Ca 805/15
und Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 28.10.2015, 20 Ca 4088/15:

Zusammentreffen von Kurzzeit- und Langzeiterkrankungen

AN war erst häufig kurzzeiterkrankt wg. diverser körperlicher Leiden, dann zum Kündigungszeitpunkt seit einigen Monaten langzeiterkrankt (psychisch)

- Prognose, dass AN künftig häufig wg. Kurzzeiterkrankungen mit EFZ-Belastung für Ag. ausfällt, kann gerade nicht getroffen werden!
 - ⇒ Aktuelle Langzeiterkrankung steht künftigen Kurzzeiterkrankungen erstmal entgegen!
 - ⇒ Entscheidender Prognosezeitpunkt: Kündigungsausspruch
 - ⇒ Risiko für Arbeitgeber, der genaue Krankheitsursachen häufig nicht kennt!

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

• 1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose:

- ⇒ Entsprechende Diagnose im Einzelfall
- ⇒ Vorteil für Ag.: Hier kein Abwarten erforderlich, es kann ohne vorherige prognoserelevante Fehlzeiten sofort gekündigt werden!
- ⇒ Aber: Kein „Vortrag ins Blaue hinein“ und Hoffen auf Sachverständigen!

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- Eigentlich gedacht für besondere Extremfälle („Lagerarbeiter verliert beide Arme“)
- Ausgeweitet durch neuere BAG-Rechtsprechung:
 - ⇒ Völlige Ungewissheit, ob Arbeitsfähigkeit in den nächsten zwei Jahren wieder hergestellt werden kann, steht der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit gleich!
 - ⇒ z. B. BAG, Urteil vom 13.05.2015, 2 AZR 565/14, NZA 2015, S. 1249

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- **2. Stufe: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen**

„Bei krankheitsbedingter dauerhafter Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen“

BAG, Urteil vom 13.05.2015, 2 AZR 565/14, NJW 2016, S. 106 ff.

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

• 3. Stufe: Interessenabwägung

Problem: Auf dem bisherigen Arbeitsplatz kann der Arbeitnehmer auch bei aller Interessenabwägung keinesfalls mehr eingesetzt werden, er ist ja dauerhaft arbeitsunfähig für die geschuldete Tätigkeit!

=> Entscheidend: Kann der AN auf einem geeigneten Schonarbeitsplatz eingesetzt werden?

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

• Anspruch des AN auf Einrichtung eines Schonarbeitsplatzes?

1) Freier Schonarbeitsplatz vorhanden: Grds ja

□ Aber: BAG, Urt. v. 24.11.2005, 2 AZR 514/04

- AN muss geeignet sein für den Schonarbeitsplatz
- „Treuwidrige Vereitelung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kann Ag. nur vorgehalten werden, wenn sich Möglichkeit der Weiterbeschäftigung aufdrängen musste“
- Bei Pförtner-Arbeitsplatz grds. Aufdrängung naheliegend
- Aber: „Es wäre eine Überforderung des Arbeitgebers, wenn er jederzeit vorsorglich die ständig wechselnden Beschäftigungsvakanzen mit den individuellen Einsatzmöglichkeiten erkrankter Arbeitnehmer abgleichen müsste.“

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- Anspruch des AN auf Einrichtung eines Schonarbeitsplatzes?

2) **Kein** freier Schonarbeitsplatz vorhanden: Grds. **Nein**

- Ag. würde unzulässig in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und seinem Direktionsrecht eingeschränkt, wenn er Arbeitsplätze schaffen müsste, die er gar nicht braucht, nur um erkrankten Arbeitnehmer beschäftigen zu können
 - Extremfall ansonsten: „Kleinbetrieb mit fünf Pfortnern“
 - BAG, Urt. v. 27.07.2011, 7 AZR 402/10 (Rn 58); BAG, Urt. v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13 (Rn 25)
 - „Arbeitgeber muss keinen zusätzlichen, bisher nicht vorhandenen und nicht benötigten Arbeitsplatz dauerhaft einrichten.“
- Ggf. kann „Freikündigen“ eines vorhandenen, aber anderweitig besetzten Arbeitsplatzes erforderlich sein
 - Bei erheblichen Unterschieden in der sozialen Schutzbedürftigkeit

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- Anspruch des AN auf Einrichtung eines Schonarbeitsplatzes?

- BAG, Urt. v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13
- Anspruch auf Freikündigung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes?
 - Bloße Schwerbehinderung reicht nicht aus
 - Anspruch wohl (+), wenn Stelleninhaber noch keinen Kündigungsschutz hat
 - Ebenso, wenn Kündigung für Stelleninhaber „keine besondere Härte“
 - m . E. letztlich erhebliche Unterschiede der Sozialdaten erforderlich

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- Exkurs: Finanzieller Aspekt, wenn Ag. zu Unrecht keinen Schonarbeitsplatz zur Verfügung stellt?
- Kein Annahmeverzug, der AN ist ja nicht leistungsfähig!
- Aber: Ggf. Schadenersatzanspruch
- BAG 19.05.2010, 5 AZR 162/09
- „Kann der AN (...) die vom Ag. aufgrund seines Direktionsrechts wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist für den Annahmeverzug des Ag. das Angebot einer „leidensgerechten Arbeit“ ohne Belang, solange der Ag. nicht durch eine Neuausübung des Direktionsrechts diese zu der (...) zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat“.

E. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit

- BAG, Urteil vom 09.04.2014, 10 AZR 637/13:

„Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten im Krankenhaus mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank. Sie hat Anspruch auf Beschäftigung, ohne für Nachtschichten eingeteilt zu werden.“

- ⇒ Arbeitsangebot mit dieser Einschränkung soll ordnungsgemäß sein!
- ⇒ Widerspruch zur bisher klar h. M.: Gibt keine teilweise Arbeits(un-)fähigkeit!
- ⇒ BAG ausdrücklich: Soll keine Rechtsprechungsänderung sein
 - ⇒ Teilweise Arbeitsunfähigkeit ist Arbeitsunfähigkeit
 - ⇒ Hier aber keine Teil-AU, sondern Besonderheiten des Sachverhalts im Einzelfall (Nachtschichtanteil war im konkreten Sachverhalt sehr gering)
- ⇒ Kritik: Eigentlich ist dies ein Fall der teilweisen Arbeitsunfähigkeit!

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

Gesetzliche Grundlage: § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX

„Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement).“

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

BAG, Urteil vom 12.07.2007, 2 AZR 716/06, MDR 2008, S. 394 f.:

- 1) Erfordernis eines BEM besteht für alle AN, nicht nur für behinderte
- 2) Vorherige Durchführung eines BEM ist **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung
- 3) BEM stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsrecht immanenten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

I. BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für krankheitsbedingte Kündigung?

=> Ja (entgegen BAG): LAG Hamm, Urteil vom 01.08.2014, 1 Sa 182/14:

„Der kündigende Arbeitgeber ist gehalten, zur Verhältnismäßigkeit einer Kündigung vorzutragen. Trägt er zur Durchführung eines BEM nichts vor, fehlt es an ausreichendem Sachvortrag zur Rechtswirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung.“

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

I. BEM als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für krankheitsbedingte Kündigung?

- ⇒ grds. ja: LAG Hessen, Urteil vom 03.06.2013, 21 Sa 1456/12
- ⇒ Nein: LAG Köln, Urteil vom 18.05.2007, 11 Sa 632/06 (noch vor BAG 12.07.2007, 2 AZR 716/06)
- ⇒ Nein bestätigt zuletzt u. a. LAG Köln, Urteil vom 29.02.2016, 2 Sa 946/15

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- **BAG, Urteil vom 23.04.2008, 2 AZR 1012/06**

Entscheidend: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- ⇒ Gibt es mildere Mittel zur Vermeidung der Kündigung?
- ⇒ Das BEM selbst ist kein milderes Mittel
- ⇒ Aber: Durch das BEM können solche milderen Mittel erkannt werden!
 - ⇒ z. B. Umgestaltung Arbeitsplatz oder Weiterbeschäftigung auf anderem Arbeitsplatz
- ⇒ Bloßes Unterlassen BEM führt nicht zur Unwirksamkeit Kündigung
- ⇒ Entscheidend: Gibt es objektiv mildere Mittel, die - ggf. im Rahmen eines BEM – Kündigung hätten verhindern können?

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- **BAG, Urteil vom 30.09.2010, 2 AZR 88/09, DB 2011, S. 535 ff.:**

- Ag. muss BEM durchführen, auch wenn keine Interessenvertretung i. S. § 93 (Betriebsrat) besteht
- Aber: Keine Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung
 - Für Kündigung gilt Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. o.

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- **BAG, Urteil vom 20.11.2014, 2 AZR 664/13**
- Arbeitgeber trifft Darlegungslast für kündigungsrelevante Tatsachen
 - grds. auch für Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit
- Aber: Ohne BEM-Verpflichtung reicht zunächst pauschaler Vortrag Ag. aus, konkreter Vortrag erst auf konkrete Rüge AN erforderlich
 - ⇒ Anders bei BEM-Verpflichtung Ag: Erhöhte Anforderungen an Darlegungslast Ag. zu anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

- **Ergebnis:**

BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für krankheitsbedingte Kündigung, aber unterlassenes BEM erhöht Anforderungen an Darlegungslast des Arbeitgebers zum Nichtvorhandensein anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten als milderer Mittel zur Kündigung!

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

II. BEM als Mittel zur Datenbeschaffung?

Problem:

AN soll sich für erfolgreiches BEM möglichst zu Krankheitsursachen öffnen, macht damit aber evtl. Arbeitgebervortrag für spätere Kündigung zu negativer Gesundheitsprognose schlüssig!

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

II. BEM als Mittel zur Datenbeschaffung?

„Vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ist der Ag. **nicht verpflichtet**, sich beim AN nach dessen Gesundheitszustand zu erkundigen“

=> BAG, Urteil vom 17.06.1999, 2 AZR 639/98, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG Krankheit; LAG Köln Urteil vom 18.05.2007, 11 Sa 632/06

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

II. BEM als Mittel zur Datenbeschaffung?

Umgekehrt ähnlich:

AN braucht nichts zu seinen Krankheitsursachen angeben, kann taktisch grds. frei entscheiden, ob und ggf. wann er hierzu im Prozess Angaben macht

- LAG Köln, Urt. v. 12.03.2015, 7 Sa 1024/14
- Arbeitnehmer ist grds. nicht verpflichtet, Ärzte von Schweigepflicht zu entbinden!

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

II. BEM als Mittel zur Datenbeschaffung?

Evtl. Lösungsvorschlag:

„Schweigepflichtvereinbarung“ für im Rahmen eines BEM gewonnene Angaben zur Krankheitsursachen für evtl. späteren Kündigungsschutzprozess / prozessuales Verwertungsverbot?

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

II. BEM als Mittel zur Datenbeschaffung?

Zusatzüberlegung: Wenn AN Teilnahme an BEM verweigert?

=> Darf Ag. dann einseitiges Personalgespräch anordnen?

=> klar h. M.: Nein!

=> „Der arbeitsunfähig erkrankte AN ist grds. nicht verpflichtet, an einem vom Ag. angeordneten Personalgespräch teilzunehmen“

=> Begr.: Es gibt keine „teilweise“ Arbeitsunfähigkeit

=> LAG Nürnberg, Urt. v. 01.09.2015, 7 Sa 592/14,
m. zust. Anm. Schulze, jurisPR-ArbR 12/2016, Nr. 1

=> Aber: Revision zugelassen (BAG, 2 AZR 855/15, anhängig)

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

III. Durchführung eines BEM (aus Arbeitgebersicht)

1) Arbeitgeber trifft Initiativlast zur Durchführung eines BEM
(Statistik der Arbeitsunfähigkeitszeiten pflegen!)

2) Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers einholen

- Formalisiertes Anschreiben ggf. sinnvoll
- Deutlich machen, dass kein einseitiges „Krankenrückkehrgespräch“, sondern die Zustimmung des AN erforderndes BEM
- Bloße Weigerung des AN, Angaben zu seinem Krankheitsbild zu machen, führt noch nicht zur Aussichtslosigkeit / Entbehrlichkeit BEM (BAG 13.05.2015, 2 AZR 565/14, juris, Rn 26)

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

III. Durchführung eines BEM (aus Arbeitgebersicht)

3) Mitwirkung der weiteren Beteiligten sicher stellen

- Betriebsrat
- Schwerbehindertenvertretung
- Integrationsamt
- Betriebsarzt
- ggf. externer Sachverstand (Ärzte, Berufsgenossenschaft)
- Rechtsanwälte?

=> wg. Präventionscharakter BEM m. E. besser nicht

=> wichtig: Wg. „Waffengleichheit“:

Möchte Ag. RA hinzuziehen zu BEM, muss AN hierzu auch Gelegenheit haben!

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

III. Durchführung eines BEM (aus Arbeitgebersicht)

4) Ablauf des BEM

- „verlauf- und ergebnisoffener Suchprozess“
(BAG 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639)
- Es gibt keine Verfahrensvorschriften
- Kreativität gefragt

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

III. Durchführung eines BEM (aus Arbeitgebersicht)

5) Ergebnis des BEM

- Idealfall: Positives Ergebnis

- z. B. es wird geeigneter leidensgerechter „Schonarbeitsplatz“ gefunden und krankheitsbedingte Belastung des Arbeitsverhältnisses geht zurück / Krankheitsbedingte Kündigung wird vermieden

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

III. Durchführung eines BEM (aus Arbeitgebersicht)

5) Ergebnis des BEM

- Negatives Ergebnis

Es werden keine geeigneten Maßnahmen gefunden, um künftig die bestehende krankheitsbedingte Belastung des Arbeitsverhältnisses zu verhindern

- ⇒ Kann für Arbeitgeber auch „positives“ Ergebnis sein, wenn er jetzt krankheitsbedingt kündigt:
- ⇒ Darlegungslast verbessert sich erheblich für Arbeitgeber
- ⇒ AN genügt seiner Darlegungslast grds. nicht dadurch, dass er auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweist, die bereits im BEM verworfen wurden! (Fabricius, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 2. Auflage 2015, § 84, Rn 61)

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

IV. Nochmal Exkurs: Niederländisches Arbeitsrecht

- Wiederholung: Grds. zwei Jahre Kündungsverbot & Entgeltfortzahlungspflicht während Krankheit
- Ag. muss „Arbo-Dienst“ (private Unternehmen) einschalten, der Arbeitsunfähigkeit prüft und verbindliche Vorschläge zur Reintegration machen kann
- „Wiedereingliederungsvertrag“ wird zwischen AN und Ag. geschlossen
- Verstößt AN hiergegen: Kündigung ggf. doch vor Ablauf von zwei Jahren auch während bestehender Krankheit möglich
- Verstößt Ag. hiergegen: Ggf. Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung auch über zwei Jahre

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

V. Zum Abschluss ein Fall aus der Praxis ...

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.11.2015, 9 Sa 1297/15

Sachverhalt:

- Klägerin Schulhausmeisterin
- Seit Dezember 2012 arbeitsunfähig
- März 2013: Ag. bietet BEM an, Kl. lehnt ab
- 2014: RA meldet sich für Kl., macht Schadenersatz geltend: „Kein BEM durchgeführt“
- Ärztliche Stellungnahmen:
 - Leistungsfähigkeit für bisherige Tätigkeit „unter drei Stunden“
 - Aber: Leistungsfähigkeit über sechs Stunden für „leichtere andere Tätigkeiten“
- Kl. will: Leidensgerechte Beschäftigung als Kita-Helferin oder Museumsaufsicht

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.11.2015, 9 Sa 1297/15

- Ergebnis: Klageabweisung
- Kein Annahmeverzug
 - Tätigkeit als Schulhausmeisterin nicht konkret angeboten
 - „unter drei Stunden“ zu unbestimmt
 - Ag. im übrigen auch nicht zur Annahme einer Teilleistung verpflichtet (BAG, Urt. v. 09.04.2014, 10 AZR 637/13)
- Auch kein Schadenersatzanspruch
 - Hier Sphäre AN, nicht Ag., dass kein BEM durchgeführt wurde!
 - AN hätte ausnahmsweise selbst initiativ werden müssen, wenn nun doch BEM gewollt!
 - Kl. hat Leistungsfähigkeit für gewünschte Stellen nicht konkret dargelegt

F. Betriebliches Eingliederungsmanagement

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.11.2015, 9 Sa 1297/15 - Tipps für die Praxis:

- aus Arbeitgebersicht
 - Ag. hatte BEM-Formular gut formuliert
 - Ankreuzoption „möchte kein BEM und auch keine spätere Nachfrage“
- aus Arbeitnehmersicht
 - BEM nicht vorschnell ablehnen, ggf. nochmals selbst initiativ werden für BEM
 - Gewünschten Schonarbeitsplatz möglichst konkret bezeichnen
 - Ggf. vorhandene Qualifikation hierfür darlegen
 - Evtl. erforderliche Erklärungen abgeben
 - Einverständnis mit niedrigerer Eingruppierung?
 - Auf prozessverwertbare ärztliche Stellungnahmen achten
 - nicht z. B. „unter drei Stunden“

G. Betriebsratsanhörung

Bei krankheitsbedingter Kündigung von besonderer Bedeutung!

LAG Hamm, Urteil vom 21.10.2003, 19 Sa 1113/03:

- 1) Ag muss für BR klarstellen, auf welche der Fallgruppen er die krankheitsbedingte Kündigung stützen will!
- 2) BR ist nicht verpflichtet, sich konkreten Kündigungsgrund aus anderen Unterlagen außer Anhörungsschreiben heraus zu suchen

G. Betriebsratsanhörung

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 01.09.2004, 3 Sa 210/04:

- Stützt sich Ag auf unzumutbare wirtschaftliche Belastungen wg. Höhe der Entgeltfortzahlungskosten, muss er diese gegenüber BR konkret darlegen
 - ⇒ Es ist nicht Aufgabe des BR, sich diese selbst auszurechnen!
- Nachschieben von Kündigungsgründen erst im Prozess insoweit unwirksam

G. Betriebsratsanhörung

Arbeitsgericht Köln, Urt. v. 28.10.2015, 20 Ca 4088/15:

- Dem Arbeitgeber bekannte Ausfallzeiten wg. Arbeitsunfall sind auch als solche kenntlich zu machen!
- Es gilt der allgemeine Grundsatz für die Betriebsratsanhörung („subjektive Determinierung“)
 - Ag. muss dem BR mitteilen, was er weiß und worauf er die Kündigung stützen will!
 - Kennt Ag. keine näheren Hintergründe der Ausfallzeiten, muss (und kann) er insofern natürlich auch dem BR nichts mitteilen!

H. Wiedereinstellungsanspruch

- Entscheidender Prognosezeitpunkt für Wirksamkeit Kündigung: Kündigungszugang
- ⇒ Was passiert, wenn sich Prognose während der Kündigungsfrist zugunsten AN ändert?
- ⇒ bei betriebsbedingter Kündigung anerkannt: Wiedereinstellungsanspruch

H. Wiedereinstellungsanspruch

- **Gibt es Wiedereinstellungsanspruch auch bei krankheitsbedingter Kündigung?**

⇒ Offen gelassen von BAG, 27.06.2001, 7 AZR 662/99
und BAG, 17.06.1999, 2 AZR 639/98, NZA 1999, S. 1328

- jedenfalls kein Wiedereinstellungsanspruch, wenn nachträgliche überraschende Besserung Gesundheitszustand erst nach Ablauf Kündigungsfrist

⇒ auch nicht ausreichend, dass Prognose lediglich zweifelhaft wird

H. Wiedereinstellungsanspruch

- **Wohl h. M. im Schrifttum: Es gibt Wiedereinstellungsanspruch auch bei krankheitsbedingter Kündigung, aber hohe Anforderungen**

- AN trifft Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Besorgnis künftiger wiederholter Erkrankungen ausgeräumt ist
⇒ „positive Prognose“

⇒ wohl nicht ausreichend (?):

- Bekanntwerden neuer Heilmethoden nach Kündigung
- (bisher verweigerte) Operation / Therapie nach Kündigung
- Umstellung der Lebensführung

(vgl. Schiefer, BB 2015, Seite 2613 ff.)

H. Wiedereinstellungsanspruch

- **a. A. LAG Berlin: Kein Wiedereinstellungsanspruch**

- LAG Berlin, Urt. v. 18.06.2002, 12 Sa 2413/01, NZA-RR 2003, S. 66 – 68
- Kernargument gegen Übertragbarkeit BAG-Rechtsprechung zum Wiedereinstellungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung auf krankheitsbedingte Kündigung:
 - Betriebsbedingte Kündigung = Sphäre Arbeitgeber
 - Krankheitsbedingte Kündigung = Sphäre Arbeitnehmer
- M. E. auch gut vertretbar

I. Fazit

- Erhebliche Risiken und Unsicherheiten sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber bei krankheitsbedingter Kündigung
- Präziser Arbeitgebervortrag zur Begründung verlangt
 - schon in Betriebsratsanhörung
 - Abgrenzung der Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung für Arbeitgeber in Praxis häufig mangels näherer Kenntnis der Krankheitsursachen schwierig
 - Gerade Abgrenzung Langzeiterkrankung / dauerhafte Arbeitsunfähigkeit auch in BAG-Rechtsprechung unklar

I. Fazit

- BEM mit Chancen und Risiken für Arbeitnehmer und Arbeitgeber
 - zur Vermeidung krankheitsbedingter Kündigung für beide sinnvoll
 - Aus Arbeitgebersicht trotz Verwaltungsaufwand auch prozesstaktisch zu empfehlen
 - Aus Arbeitnehmersicht Risiko einer evtl. prozesstaktisch ungeschickten frühen Preisgabe von Krankheitsursachen
- Prognose der Erfolgsaussichten schwierig
 - Starker Einzelfallbezug / Häufig Schwerpunkt Interessenabwägung
 - Veränderung während des Prozessverlaufs möglich (z. B. durch Gutachten)
 - Ggf. sogar später noch Wiedereinstellungsanspruch

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Ausgangspunkt:
 - Unterschiedliche Prognose von AN und Ag:
 - AN: Positive Zukunftsprognose
 - Ag: Negative Zukunftsprognose
- Lösung: „Probiert es doch einfach aus!“
- Rechtsgrundlage: § 14 Abs. 1 Ziffer 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz, Gerichtlicher Vergleich

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Geeignet bei häufigen Kurzeiterkrankungen
- Weniger geeignet bei Langzeiterkrankung und dauerhafter Arbeitsunfähigkeit
- Einzelne Modalitäten verhandelbar und bei gerichtlichem Vergleichsvorschlag i. W. an die jeweiligen Erfolgsaussichten im Einzelfall im Kündigungsschutzprozess anknüpfend

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Einstufiges Grundmodell:

⇒ Ausgangsbeispiel: Kündigung ausgesprochen zum 30.06.2016,
Vergleichsschluss kurz davor

⇒ Vergleichsinhalt:

- Kündigung gegenstandslos
- AV wird befristet nach § 14 Abs. 1 Ziffer 8 TzBfG fortgesetzt bis 30.06.2017
- AV endet 30.06.2017 aufgrund Befristung, wenn mehr als x Fehltage im Referenzzeitraum 01.07.2016 – 30.06.2017
- - Ansonsten ab 01.07.2017 wieder unbefristetes Arbeitsverhältnis

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Gefahr des einstufigen Modells aus Arbeitgebersicht:

AN könnte sich so gerade über das Ende des Referenzzeitraums hinaus „retten“, ist danach wieder häufig krank

⇒ Lösung: Zweistufiges Modell mit weiterem sich unmittelbar anschließendem zweiten Referenzzeitraum

⇒ ggf. mit Gesamt-Kappungsgrenze

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Zweistufiges Modell

⇒ Vergleichsinhalt:

- Kündigung gegenstandslos
- AV wird befristet nach § 14 Abs. 1 Ziffer 8 TzBfG fortgesetzt bis 30.06.2017
- AV endet 30.06.2017 aufgrund Befristung, wenn mehr als 45 Fehltage im Referenzzeitraum 01.07.2016 – 30.06.2017
- Ansonsten ab 01.07.2017 weiteres befristetes Arbeitsverhältnis bis 30.06.2018
- AV endet 30.06.2018, wenn mehr als 45 Fehltage im Referenzzeitraum 01.07.2017 – 30.06.2018 (oder mehr als 75 Fehltage insgesamt im Zeitraum 01.07.2016 – 30.06.2018)
- Ansonsten ab 01.07.2018 wieder unbefristetes Arbeitsverhältnis

J. Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

- Modifikationen:

- Arbeitsunfälle herausnehmen
- ggf. weitere nicht prognoserelevanten Fehlzeiten herausnehmen (Formulierung im Einzelfall schwierig)
- ggf. Referenzzeitraum verschieben (z. B. bei noch andauernder Langzeiterkrankung)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

André Kottlewski
Richter am Arbeitsgericht
Landesarbeitsgericht Köln

RiArbG Kottlewski – Krankheitsbedingte Kündigung

Rheinische Arbeitsrechtstage 01.07.2016

Anlage 1

Formulierungsmuster für Vergleich

Befristete / bedingte Weiterbeschäftigung nach krankheitsbedingter Kündigung

hier: zweistufiger Referenzzeitraum mit Gesamtkappungsgrenze

(Das nachfolgende Formulierungsmuster geht von einem Zeitpunkt des Vergleichsschlusses kurz vor Ablauf der Kündigungsfrist aus)

Die Parteien schließen sodann auf Vorschlag des Gerichts folgenden

V e r g l e i c h :

=====

1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der streitgegenständlichen Kündigung vom 22.03.2016 zum 30.06.2016 sein Ende finden wird.
2. Vielmehr vereinbaren die Parteien, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis mit Wirkung ab dem 01.07.2016 befristet gemäß § 14 Abs. 1 Ziffer 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz bis zum 30.06.2017 fortgesetzt werden wird. Mit Ausnahme der Befristung bleiben die bisherigen Arbeitsbedingungen unverändert.
3. Das Arbeitsverhältnis endet aufgrund der Befristung mit dem 30.06.2017, wenn die Klägerin im Befristungszeitraum 01.07.2016 bis 30.06.2017 an mehr als 45 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt sein sollte. Sollte die Klägerin demgegenüber im Befristungszeitraum 01.07.2016 bis 30.06.2017 nicht an mehr als 45 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt ausfallen, verlängert sich das Arbeitsverhältnis automatisch wiederum befristet nach § 14 Abs. 1 Ziffer 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz mit Wirkung ab dem 01.07.2017 bis zum 30.06.2018. Sollte die Klägerin im weiteren Befristungszeitraum 01.07.2017 bis 30.06.2018 an 45 oder mehr Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt sein, endet das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung mit dem 30.06.2018. Das Arbeitsverhältnis wird ebenfalls mit Wirkung zum 30.06.2018 aufgrund der Befristung sein Ende finden, wenn die Klägerin im gesamten Zeitraum 01.07.2016 bis zum 30.06.2018 an insgesamt 75 oder mehr Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt sein sollte.

4. Sollten sowohl die Zahl von 45 Krankheitstagen im zweiten Befristungszeitraum 01.07.2017 bis 30.06.2018 als auch die Gesamtsumme von 75 krankheitsbedingten Ausfalltagen im Zeitraum 01.07.2016 bis 30.06.2018 nicht überschritten werden, so vereinbaren die Parteien hiermit, dass mit Wirkung ab dem 01.07.2018 wiederum ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen ihnen bestehen wird.
5. Die Parteien sind sich darüber einig, dass auch während dieser Befristungszeiträume gemäß § 14 Abs. 1 Ziffer 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung aus anderen Gründen außer der krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzzeiterkrankung grundsätzlich unberührt bleibt. Insbesondere gilt dies für die Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung. Die bisherige Beschäftigungszeit der Klägerin findet - insbesondere hinsichtlich der Berechnung der Kündigungsfrist für eine ordentliche Kündigung - Anrechnung.
6. Die Parteien sind sich weiter darüber einig, dass krankheitsbedingte Ausfallzeiten der Klägerin aufgrund von Arbeits- und Wegeunfällen unberücksichtigt bleiben.
7. Damit ist der vorliegende Rechtsstreit erledigt.

RiArbG Kottlewski – Krankheitsbedingte Kündigung

Rheinische Arbeitsrechtstage 01.07.2016

Anlage 2

Befristeter Weiterbeschäftigungsvergleich

Muster II

Sonderproblem:

Beim Vergleichsschluss noch andauernde Langzeiterkrankung

Vergleich:

1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die streitgegenständliche Kündigung vom 18.01.2016 gegenstandslos ist.
2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird über den avisierten Beendigungszeitpunkt 30.06.2016 hinaus fortgesetzt, jedoch nunmehr als befristetes Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 1 Ziffer 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

Das Arbeitsverhältnis ist hiernach nunmehr befristet bis einschließlich 30.06.2017.

3. Im Hinblick auf die krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers in der Vergangenheit vereinbaren die Parteien einen Referenzzeitraum zwischen dem 01.07.2016 und dem 30.06.2017 für die weitere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeitszeiten.

Sollte der Kläger in diesem Referenzzeitraum mehr als 45 Arbeitstage (Referenzwert) arbeitsunfähig erkrankt sein, endet das Arbeitsverhältnis mit dem 30.06.2017.

Sollte der Kläger in diesem Zeitraum nicht mehr als 45 Arbeitstage arbeitsun-

fähig erkrankt sein, wird das Arbeitsverhältnis über den 30.06.2017 hinaus wiederum als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortgesetzt.

Es besteht Einigkeit zwischen den Parteien, dass etwaige Arbeitsunfähigkeitszeiten, die durch einen Arbeitsunfall verursacht wurden, nicht auf den Referenzwert angerechnet werden.

4. Die Parteien gehen hinsichtlich der vorstehenden Regelung davon aus, dass die derzeit beim Kläger bestehende Langzeiterkrankung bis spätestens 30.06.2016 beendet sein wird.

Sollte demgegenüber der Kläger auch über den 30.06.2016 hinaus weiter aufgrund der derzeit bestehenden Langzeiterkrankung arbeitsunfähig bleiben, wird der Zeitraum des Arbeitsausfalls aufgrund der Langzeiterkrankung nicht auf den Referenzwert angerechnet.

Sollte allerdings die Arbeitsunfähigkeit des Klägers aufgrund der derzeit bestehenden Langzeiterkrankung noch über das Jahresende 2016 hinaus andauern, endet das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall aufgrund der hiesigen Befristung mit dem 30.06.2017, unabhängig von der Zahl der Arbeitsunfähigkeitstage des Klägers im darauffolgenden Zeitraum.

Für den Fall, dass der Kläger im zweiten Kalenderhalbjahr 2016 von seiner derzeitigen Langzeiterkrankung wieder genesen sollte, treffen die Parteien nachfolgende Regelung: Der Referenzwert von ursprünglich 45 Kalendertagen verringert sich im Hinblick auf den eingeschränkten Referenzzeitraum für jeden vollen Monat der fortbestehenden Langzeiterkrankung im zweiten Kalenderhalbjahr 2016 um vier Arbeitstage. Dies bedeutet beispielsweise für den Fall, dass die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Langzeiterkrankung im August 2016 enden sollte, sich der Referenzwert für den dann verbleibenden Referenzzeitraum August 2016 bis Juni 2017 auf maximal 41 Arbeitsunfähigkeitstage reduziert. Sollte der Kläger beispielweise auch im August 2016 noch vollständig aufgrund der Langzeiterkrankung arbeitsunfähig sein und erst im September 2016 wieder genesen, reduziert sich der Referenzwert auf 37 Arbeitstage usw.

5. Damit ist der vorliegende Rechtsstreit erledigt.